

CRIME E CONTRAORDENÇÃO: POR MORREREM ALGUMAS ANDORINHAS PODE ACABAR A PRIMAVERA¹

ALEXANDRA VILELA

Professora Auxiliar da FDULP

Investigadora do I2J – Instituto de Investigação Jurídica da Universidade Lusófona do Porto

Doutora em Direito

1.- *Explicação prévia:* A presente reflexão vem a propósito de uns factos que sinteticamente narraremos, a fim de contextualizar o leitor. Não consideramos relevante para a mesma, nem o Tribunal onde os factos se processaram, nem a autoridade administrativa que, em momento posterior, os apreciou, de novo. Importa-nos tão-somente a reflexão no plano estritamente jurídico. Daí que o caso apareça perfeitamente descaracterizado, embora ele pertença ao mundo do real.

2.- *Os factos e a sua tramitação processual:* A Senhora A, proprietária de umas edificações antigas, em um determinado dia e hora, deu ordem ao Senhor B para que este demolisse essas mesmas edificações, sendo certo que nenhum dos dois precaveu a existência de ninhos de andorinha protegida internacionalmente por Tratados, provocando, assim, a morte de um número indeterminado daqueles exemplares. O Ministério Público procedeu ao respectivo inquérito, “a fim de apurar da responsabilidade criminal dos denunciados, tendo sido realizadas todas as diligências tidas por úteis ao apuramento da verdade dos factos participados”. Tal órgão entendeu que os “factos apurados em sede de inquérito são susceptíveis de, em abstracto,

¹ O presente artigo, embora não tenha por base uma decisão jurisprudencial, é inserido nesta secção pois trata-se de uma reflexão que tem por base um processo contraordenacional. Dentro dessa medida, considerou-se que tem cabimento aqui.

consubstanciarem a prática, pelos arguidos de um crime de danos contra a natureza, p. e p. pelo artigo 278.º, n.º 1, al *a*) do CP”.

Acrescentou, ainda, o digníssimo Magistrado do Ministério Público (MP) que “haveria que deduzir acusação contra os arguidos”. No entanto, encontrando-se, *in casu*, preenchidos os pressupostos do n.º 1 do artigo 281.º do Código de Processo Penal (CPP), foi proposta a aplicação do instituto da suspensão provisória do processo, previsto no já mencionado artigo 281.º. Concluídos os autos ao Juiz de Instrução, a fim de que o mesmo se pronunciasse sobre a aplicação da suspensão provisória do processo pelo “período de 30 dias, mediante o cumprimento da injunção de procederem, cada um, ao pagamento de 150,00 €, a uma instituição de solidariedade social a designar”. Nessa sequência, o Juiz do Tribunal de Instrução, depois de julgar “verificados todos os pressupostos constantes do artigo 281.º, n.º 1 do Código de Processo Penal que possibilitam a suspensão provisória do processo”, concordou com a proposta apresentada pelo MP. Posteriormente, por aquele foi verificada a duração da suspensão, fixada em trinta dias, o cumprimento da injunção por parte de cada um dos arguidos e ordenado o arquivamento dos autos, nos termos do disposto nos artigos 282.º, n.º 3 e 277.º, n.º 1 do CPP.

2.1.- Paralelamente foi instaurado processo de contraordenação à Senhora A, pelo facto de, no mesmo dia que foi referido no despacho do MP e no mesmo local, “ter procedido à demolição de um conjunto de edificações, abatendo de forma intencional espécimes da família *Hirundinidae* e destruindo de forma intencional os seus ninhos e habitat, sem que fosse titular de qualquer licença ou autorização para o efeito”. Tais factos, de acordo com o auto de notícia em apreço, configuram a prática de uma contraordenação prevista e punida pelos artigos 4.º, n.º 1, alíneas *a*) e *b*) e 14.º, n.º 1, alínea *a*) e n.º 3 do Decreto-Lei n.º 316/89, de 22 de Setembro.

Notificada para apresentar defesa, a arguida, a Senhora A foi aos autos informar que, pelos mesmos factos, corria termos, nos Serviços do MP, um inquérito destinado a apurá-los. Nessa sequência, a autoridade administrativa solicitou informações àqueles serviços, concretamente, “que informassem os presentes autos das conclusões do inquérito a decorrer em tal instância”. Respondendo a tal solicitação, os Serviços do MP

comunicaram o destino do processo-crime, em especial o seu arquivamento pelas razões acima apontadas.

2.2.- A autoridade administrativa, mau grado a aplicação do instituto da suspensão provisória e o posterior arquivamento dos autos de inquérito, fruto do cumprimento das injunções por parte da arguida, nos termos do n.º 3 do artigo 282.º do CPP, pronunciou-se pela não violação do princípio *ne bis in idem*. Para tanto alçapremou-se no teor dos n.ºs 1 e 2 do artigo 28.º (concurso de infracções) da Lei n.º 50/2006, de 29 de Agosto². Segundo aquela, “*atendendo às disposições legais supra referidas, faz sentido dar continuidade ao presente processo, por não ocorrer violação do princípio “ne bis in idem”, pois que apesar de “iniciado o processo de inquérito criminal, a arguida não foi condenada em qualquer pena”*”.

2.3.- São estes, pois, os factos que nos convocam para dois momentos reflexivos distintos, a saber: em um primeiro momento, debruçar-nos-emos sobre a forma como o n.º 1 do artigo 28.º da Lei n.º 50/2006, de 29 de Agosto, alterada pela Lei n.º 89/2009, de 31 Agosto, que aprova a Lei-Quadro das contraordenações ambientais (LQCA), resolve a questão processual do concurso efectivo ideal entre crime e contraordenação.

Depois, em um segundo momento, procuraremos responder à questão de saber se a suspensão provisória do processo, seguida de despacho que procede ao seu arquivamento (n.º 3 do artigo 282.º do CPP), fruto do cumprimento das injunções estipuladas no âmbito daquele instituto, produz (ou não) os mesmos efeitos de uma sentença condenatória. Em uma só palavra: pretendemos saber se, *in casu*, houve violação do princípio constitucional do princípio *ne bis in idem*. Em jeito de conclusão, regressaremos ao caso concreto e tentaremos aplicar o nosso raciocínio na resolução do

² Reza assim o artigo 28.º: 1- “*Se o mesmo facto constituir simultaneamente crime e contra-ordenação ambiental, o arguido é responsabilizado por ambas as infracções, instaurando-se, para o efeito, processos distintos a decidir pelas autoridades competentes, sem prejuízo do disposto nos números seguintes*”. 2- “*A decisão administrativa que aplique uma coima caduca quando o arguido venha a ser condenado em processo criminal pelo mesmo facto*”. 3- *Sendo o arguido punido a título de crime, poderão ainda assim aplicar-se as sanções acessórias previstas para a respectiva contra-ordenação*”.

mesmo. Ataquemos, pois, cada uma das questões suscitadas e comecemos pelo primeiro nódulo problemático acima identificado.

3.- As regras do concurso vertidas do n.º 1 do artigo 28.º da LQCA

3.1. - Se bem vemos o problema, a norma em apreço pretende regular uma situação de concurso efectivo ideal, caracterizado pelo facto de o mesmo agente, através de uma única acção, violar uma pluralidade de normas jurídicas, em que o número de infracções é determinado “pelo número de valorações que, no mundo jurídico-criminal, correspondem a uma certa actividade”³. Logo, “se diversos valores ou bens jurídicos são negados, outros tantos crimes haverão de ser contados, independentemente de, no plano naturalístico, lhes corresponder uma só actividade, isto é, de estarmos perante um concurso ideal”⁴.

Ao analisarmos esta norma, concluímos que ela se distancia consideravelmente do disposto no artigo 20.º do Regime Geral das Contraordenações (RGCO), previsto no Decreto-Lei n.º 433/82, onde se encontra tratado o já mencionado concurso efectivo ideal heterogéneo (posto que são diferentes os bens jurídicos violados). Com efeito, do teor da norma vinda de referir, resulta que, quando se verificar um concurso de crime e de contraordenação, isto é, usando as expressões da lei, se o mesmo facto constituir simultaneamente crime e contraordenação, o agente é punido a título de crime, sem prejuízo da aplicação das sanções acessórias previstas para a contraordenação. E, de acordo com o n.º 1 do artigo 38.º do mencionado RGCO, será competente para a respectiva tramitação processual a autoridade competente para o processo criminal⁵.

³ Cf. EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal, II*, Reimpr., Coimbra: Livraria Almedina, 1988, p. 197 e s.

⁴ Cf. EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal II*, p. 200.

⁵ É claro que não esquecemos que há, no seio da doutrina, uma diferente interpretação do número 1 do artigo 38.º, referente aos tipos de concurso previstos nesta norma do RGCO. Assim, se para BEÇA PEREIRA – cf. *Regime geral das contra-ordenações e Coimas*, 8.ª edição, Coimbra: Livraria Almedina, 2009, p. 102 – e para OLIVEIRA MENDES e SANTOS CABRAL, *Notas ao Regime geral das contra-ordenações e Coimas*, 3.ª edição, Coimbra: Livraria Almedina, 2009, p. 107, a norma em apreço é apenas aplicável aos casos de concurso ideal heterogéneo, já para SIMAS SANTOS LOPES DE SOUSA – cf. *Contra-ordenações. Anotações ao Regime Geral*, 6.ª edição, Lisboa: Áreas Editora, 2011, p. 310 e s – e para SÉRGIO PASSOS, *Contra-ordenações. Anotações ao Regime Geral*, 2.ª edição,

Estamos, enfim, perante um caso classificado por PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE como de competência originária do MP⁶.

3.2.- Decorre do exposto que, quer o artigo 20.º do RGCO, quer o artigo 28.º da LQCA, não foram pensados para os casos em que uma conduta apenas aparentemente corresponde a uma pluralidade de infracções⁷. Na verdade, como sabemos, no caso de se estabelecerem relações de afastamento de umas normas relativamente a outras, por causa de razões de hierarquia ou de subordinação, estamos perante um concurso legal ou aparente, que se resolve de acordo com regras próprias deste concurso⁸. Não se trata sequer de um verdadeiro problema de concurso, mas antes de uma questão resolvida de acordo com as regras da interpretação. Por isso, afastaremos do nosso estudo este tipo de concurso, embora no final tenhamos que a ele regressar para efeitos de apreciação do caso concreto.

3.3.- Retomemos, por conseguinte, a análise do concurso efectivo ideal heterogéneo, previsto no artigo 20.º do RGCO. Converge a doutrina que a existência

Coimbra: Livraria Almedina, 2006, p. 276 – cabe, também, no referido n.º 1 do artigo 38.º, o concurso real de contraordenações. Sobre esta questão, cf., igualmente, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Regime Geral das Contra-Ordenações*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011, p. 92 e s.

⁶ Cf. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Regime Geral das Contra-Ordenações*, p. 132 e s.

⁷ Assim também, entre outros, BEÇA PEREIRA, *Regime geral das contra-ordenações e Coimas*, p. 75 e s (aqui com indicações jurisprudenciais no mesmo sentido), OLIVEIRA MENDES e SANTOS CABRAL, *Notas ao Regime geral das contra-ordenações e Coimas*, p. 64, SIMAS SANTOS LOPES DE SOUSA, *Contra-ordenações. Anotações ao Regime Geral*, p. 210 e PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Regime Geral das Contra-Ordenações*, p. 132.

⁸ Cf. EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal II*, p. 203 e s. Ainda a propósito do concurso ideal efectivo, consideramos pertinentes as considerações efectuadas pelo Tribunal Constitucional (TC), a propósito da dificuldade de distinção entre o concurso efectivo e o aparente. Na verdade, no seu Acórdão n.º 244/99, publicado no site daquele Tribunal e também transcrito por BEÇA PEREIRA, *Regime geral das contra-ordenações e Coimas*, p. 74 e s, o TC dá-nos conta da complexidade da “questão de saber quais os limites que constitucionalmente condicionam a possibilidade de tratar como concurso efectivo e não como mero concurso aparente determinado tipificado na lei penal”.

daquela norma radica no princípio *ne bis in idem*⁹, previsto no n.º 5 do artigo 29.º da Lei Fundamental e segundo o qual “ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime”¹⁰, assim aceitando a invocação do princípio dentro do âmbito daquela norma, embora estejam em causa um crime e uma contraordenação.

No mesmo diapasão segue a jurisprudência do TC vertida no seu Acórdão n.º 244/99, de 7 de Abril, segundo a qual é admissível invocar tal princípio quando esteja em causa um concurso de crimes e também quando o concurso seja entre um crime e uma contraordenação “quando os bens jurídicos tutelados pelas respectivas normas sejam idênticos”¹¹.

Aliás, segundo o nosso entendimento, há um grupo de infracções do ilícito de mera ordenação social, formado pelas que, apesar de violarem bens jurídicos com dignidade penal, não são necessitadas de pena, mas tão-só de sanção contraordenacional que, como é lógico, muito se aproximam do ilícito penal¹². Logo, pelo menos neste particular ponto, não vemos razão alguma para afastar a possibilidade de intervenção do *ne bis in idem*. Além do mais não podemos esquecer que o ilícito de mera ordenação social pertence à ciência do direito penal total ou conjunta.

Segundo cremos, o que vimos de dizer encontra algum apoio nas palavras de GOMES CANOTILHO e de VITAL MOREIRA quando, a propósito da análise do princípio, aludem à necessidade de clarificação do sentido da expressão “prática do mesmo crime”¹³. Factos que, todos somados, permitem invocar, em sede do artigo 20º do RGCO, o princípio *ne bis in idem*.

⁹ Cf para BEÇA PEREIRA, *Regime geral das contra-ordenações e Coimas*, p. 73 e s, OLIVEIRA MENDES e SANTOS CABRAL, *Notas ao Regime geral das contra-ordenações e Coimas*, p. 64 e SIMAS SANTOS LOPES DE SOUSA, *Contra-ordenações. Anotações ao Regime Geral*, p. 310 e s.

¹⁰ Texto do n.º 5 do artigo 29.º da Constituição da República Portuguesa.

¹¹ Cf. Acórdão n.º 244/99, do Tribunal Constitucional, mencionado na nota anterior.

¹² Cf. ALEXANDRA VILELA, *O Direito de Mera Ordenação Social: entre a Ideia de “Recorrência” e a de “Erosão” do Direito Penal Clássico*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 307 e s – no prelo.

¹³ Cf. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada I*, 4.ª edição revista, Coimbra: Coimbra Editora, p. 497.

3.4.- Do exposto decorre que concordamos com o sentido de disposição da norma do artigo 20.º do RGCO. Logo, *a contrario*, manifestamos a nossa oposição ao teor do artigo 28.º da LQCA. É claro que, ciente do risco que corria, o seu legislador ainda tentou salvar o mencionado princípio *ne bis in idem*, na medida em que, no n.º 2 daquele artigo, estipulou que a decisão administrativa que aplicar a coima caduca na hipótese de o arguido vir a ser condenando em processo-crime pelo mesmo facto. Esta norma, de resto, é em tudo semelhante à do n.º 1 do artigo 82.º do RGCO. No entanto, segundo o nosso juízo, tal disposição não basta para evitar violações do *ne bis in idem* e prova disso mesmo foi, justamente, o que aconteceu no âmbito do caso em apreço.

Rejeitamos, por conseguinte, esta solução legislativa plasmada no artigo 28.º da LQCA, a qual, além do que já foi dito, representa mais uma das sucessivas e constantes derrogações a que o RGCO é sujeito através da criação de mini-regimes gerais próprios de cada sector específico de infracções, facto que também não vemos com bom grado. Afinal, que tem esse regime de geral?¹⁴. É certo que não esquecemos que a LQCA dispõe, logo no seu artigo 2.º, para que dúvidas não restem, que este tipo de infracções é regulado pelo disposto na respectiva Lei-Quadro e, subsidiariamente, por aquele que continua a ser apelidado de regime geral das contraordenações. Mas, apenas subsidiariamente.

4.- Não é, todavia, absolutamente inédito o teor desta norma, no ordenamento jurídico contraordenacional português. Bem sabemos que, por exemplo, o actual Código de Valores Mobiliários (CVM), no seu artigo 420.º, prevê idêntica dualidade de processos, dispondo, inclusivamente, de forma mais drástica do que a LQCA, uma vez que o seu n.º 1 diz o seguinte: “Se o mesmo facto constituir simultaneamente crime e contra-ordenação, o arguido é responsabilizado por ambas as infracções, instaurando-se processos distintos a decidir pelas autoridades competentes, sem prejuízo do disposto no número seguinte”¹⁵.

¹⁴ A nossa discórdia face às sucessivas violações do regime geral das contraordenações foi já manifestada em ALEXANDRA VILELA, *O Direito de Mera Ordenação Social...*, p. 401.

¹⁵ Atente-se, todavia, à excepção do número contida no número 2 do mesmo artigo: “Nas situações previstas na alínea i) do n.º 1 do artigo 394.º, quando o facto que pode constituir simultaneamente crime e contra-

A este propósito, numa argumentação que acompanhamos na íntegra, como pensamos já ter ficado claro face ao que atrás dissemos, GUILHERME CATARINO crítica a opção legislativa do CVM, refutando, consequentemente, que os processos poderão ser distintos porque há também uma diversidade de bens jurídicos protegidos por cada entidade no seu sector específico. Para tanto, o autor rejeita a diversidade dos bens protegidos, invocando, entre outros argumentos, os seguintes: que o *ius puniendi*, quer no direito penal, quer no ilícito de mera ordenação social, tem a mesma natureza pública estadual; que não há critérios materiais de desvalor das condutas e dos bens violados que permitam afirmar uma distinção clara entre o ilícito de mera ordenação social e o penal¹⁶. E, com este autor, partilhamos, outrossim, o facto de resolver as questões do concurso que ora curamos em sede do regime geral do ilícito de mera ordenação¹⁷. Não obstante a posição adoptada pelo autor acabado de referir, a verdade é que COSTA PINTO, ainda a propósito de norma idêntica à do actual CVM, mas contida no Código de 1991, no caso o artigo 675.º, acaba por defender tal solução pois que “quando aplicado às contra-ordenações do mercado de valores mobiliários”, o artigo 20.º do RGCO “produziria mais problemas do que aqueles que pretende resolver”¹⁸.

Claro está que não podemos acompanhar COSTA PINTO, tanto mais que o autor refuta a possibilidade de chamar à colação o *ne bis in idem* no caso de que aqui curamos, pois, segundo o autor, não estamos dentro do mesmo sistema sancionatório¹⁹.

Em jeito de conclusão, afirmamos, em consequência, que os casos de concurso efectivo ideal heterogéneo, entre um crime e uma contraordenação, em que o mesmo facto preenche, simultaneamente, uma norma penal e outra contraordenacional devem ser resolvidos de acordo com as regras previstas no artigo 20.º do RGCO, sendo de

ordenação seja imputável ao mesmo agente pelo mesmo título de imputação subjectiva, há lugar apenas ao procedimento de natureza criminal”.

¹⁶ Cf. GUILHERME CATARINO, *A regulação e supervisão dos mercados de instrumentos financeiros. Fundamentos e limites do Governo e jurisdição das autoridades independentes*, Coimbra: Almedina, 2010, p. 741 e s.

¹⁷ Cf. GUILHERME CATARINO, *A regulação e supervisão dos mercados...*, p. 741 e s.

¹⁸ Cf. COSTA PINTO, “A tutela dos mercados de valores mobiliários e o ilícito de mera ordenação social”. In: *Direito dos Valores Mobiliários*, I, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 305 e s. Ver em especial p. 309. A este propósito, veja-se, igualmente, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Regime Geral das Contra-Ordenações*, p. 132.

¹⁹ Cf. COSTA PINTO, “A tutela dos mercados...”, p. 308.

aplicar o disposto no artigo 82.º deste último diploma referido. Tal equivale, *in casu*, a refutar a solução contida no regime geral do ilícito ambiental, contida no artigo 28.º. Outra forma de compreender o problema não é defensável, ficando a ideia de que a condenação que não se conseguir em sede de um processo haverá de o ser no outro.

5.- É agora o momento de reflectirmos sobre a natureza da suspensão provisória do processo²⁰, seguida de despacho que procede ao seu arquivamento, nos termos do artigo 282.º, n.º 3 do CPP. Saber, no fundo, se produz (ou não) os mesmos efeitos de uma sentença condenatória. Ou, ainda, por outras palavras: pretendemos saber se do instituto da suspensão provisória do processo, desde que bem sucedido, podem ser retirados os efeitos do *ne bis in idem*. Antes, porém, importa bordarmos um conjunto de considerações a propósito da figura em causa.

5.1.- Como sabemos, a suspensão provisória do processo encontra-se plasmada no actual CPP português desde que este viu a luz do dia. Trata-se, segundo COSTA ANDRADE, de uma solução de política criminal inspirada pela ideia de diversão, situada na “*margem do consenso* e do Estado de Direito *material e social*”, por contraposição à outra margem, “a do *conflito* e do Estado de Direito, *tout court*”²¹. E, chegado o momento de se debruçar sobre a natureza das injunções e das regras de conduta que fazem parte da figura aqui em causa, o autor de Coimbra, dando-nos nota dos comentários de Löwe/Rosenber, pronuncia-se no sentido de que elas não são penas “no sentido do direito penal material”, nem “configuram uma sanção de natureza para-penal”. Mas, ao mesmo tempo, acrescenta que elas não deixam de representar “a

²⁰ Embora sem relevância para o estudo em apreço, pela sua actualidade, deixamos aqui nota da recente alteração que sofreu o artigo 281.º, nos seus n.º 3 e 9, através da Lei n.º 20/2013, de 21 de Fevereiro. Com a primeira alteração, passou a ser obrigatoriamente oponível ao arguido a aplicação de injunção de proibição de conduzir veículos com motor sempre que esteja em causa um crime para o qual se encontre legalmente prevista a pena acessória de proibição de veículos com motor. Com a alteração do n.º 9, em um grupo de casos passa a ser dispensada a concordância do assistente para aplicação da suspensão.

²¹ Cf. COSTA ANDRADE, “Consenso e oportunidade (*Reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo*)”. In: *Jornadas de Direito Processual Penal. O novo Código de Processo Penal*, Coimbra: Livraria Almedina, 1988, p. 321 e s. A propósito de diversão e mediação, continua a ser fundamental entre nós, de FARIA COSTA, a “Diversão (desjudicialização) e mediação: Que rumos”. In: *BFD*, LXI, 1985.

inflicção de um mal que só tem lugar por causa da conduta do arguido e das consequências que ele desencadeou”, sendo certo, todavia, que a questão da comprovação da culpabilidade é colocada entre parêntesis. E, ainda segundo o autor, o arguido continua a ser presumido inocente²².

De qualquer maneira, a suspensão provisória aí está de pedra e cal e, uma vez chamado o TC a apreciar a inconstitucionalidade do instituto, por violação do princípio da reserva da função jurisdicional, aquele Tribunal pronunciou-se em sentido negativo²³.

Assim, ressaltamos, que, no momento em que o MP opta por desencadear a sua aplicação, está, também, em condições de proferir despacho de acusação, não o fazendo justamente porque opta por esta via. O mesmo é dizer: há indícios que permitiriam o MP conduzir o arguido a julgamento²⁴, o que, todavia, não acontece. Através da decisão de suspensão são aplicadas ao arguido (é certo, com a sua concordância) injunções e regras de conduta, enquanto inflicção de um mal, por causa do crime que ele *supostamente* praticou, medidas essas orientadas para a prevenção²⁵, posto que, como atrás vimos, a culpabilidade não é apreciada, continuando a ser possível presumi-lo inocente. Acresce que, nos termos do n.º 5 do artigo em análise, a decisão de suspensão não é susceptível de impugnação. E, por fim, deixamos a nota expressa de que, na hipótese de o arguido cumprir as injunções e as regras de conduta, atendendo ao disposto no n.º 3 do artigo 282.º do CPP, o MP arquiva o processo, não podendo o mesmo ser reaberto. O mesmo é dizer: nesta hipótese é impossível deduzir acusação. Ou ainda de forma mais explícita, com PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE: “o despacho de

²² Cf. COSTA ANDRADE, “Consenso e oportunidade...”, p. 353 e s. Ver, ainda, páginas 354 e s. Aí é feita uma crítica severa à declaração de voto de Vital Moreira, proferida no Acórdão do Tribunal Constitucional 7/87, pelo facto de este, entre outros motivos, ter considerado as injunções e as regras de conduta como penas.

²³ A propósito, cf. SÓNIA FIDALGO, “O consenso no processo penal...”, p. 281, onde são referidos os Acórdãos n.ºs 67/2006 e 144/2006, também acessíveis em www.tribunalconstitucional.pt.

²⁴ Cf. SÓNIA FIDALGO, “O consenso no processo penal: reflexões sobre a suspensão provisória do processo e o processo sumaríssimo”. In: *RPCC*, N.ºs 2 e 3, 2008, p. 277 e s.

²⁵ Cf. COSTA ANDRADE, “Consenso e oportunidade...”, p. 354.

arquivamento proferido nos termos do artigo 282.º, n.º 3, faz caso decidido e só é passível de revisão nos termos do artigo 449.º, n.º 1, als. a) e b)”²⁶.

5.2.- Desenhadas as considerações introdutórias, gostaríamos, a este momento, de retirar delas algumas consequências e de ensaiar a sua aplicação ao raciocínio que aqui pretendemos defender.

Vimos que, quando o MP, em sede de inquérito, chega ao momento de acusar, porque já recolheu indícios suficientes que permitem conduzir o arguido a julgamento, pode promover a aplicação do instituto da suspensão provisória. Através dele serão aplicadas ao arguido injunções e regras de conduta *por causa* da prática da infracção, tendo em vista essencialmente exigências de carácter preventivo, mas que não deixam de representar a “inflicção de um mal”. Concluímos, também ser correcto afirmar que, se o arguido cumprir com aquelas injunções e regras de conduta, o processo é arquivado e não poderá ser reaberto, nos termos do n.º 3 do artigo 282.º, a não ser em caso de recurso de revisão. Tudo isso é certo. No entanto, *embora* não estejamos perante uma sentença condenatória, ainda assim, por uma questão de coerência e de harmonia de todo o sistema desenhado para o instituto em apreço, somos forçados a retirar da decisão de arquivamento proferida nos termos do n.º 3 do artigo 282.º todos os efeitos que o *ne bis in idem* nos pode proporcionar. Outra solução que não esta faz com que o instituto em apreço não cumpra com os desideratos para os quais foi projectado e faz com que qualquer arguido receie as consequências que dali poderão advir. Dizendo-o com DAMIÃO DA CUNHA, o processo assim arquivado deve considerar-se “definitivamente decidido e, por isso, submetido à garantia do *ne bis idem*”²⁷.

Aliás, este autor, ao qual nos juntamos sem reservas, defende de forma aberta que o efeito do princípio neste caso corresponde exactamente ao mesmo efeito decorrente de uma decisão condenatória, acrescentando, igualmente, que o conflito

²⁶ Cf. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2007, p. 728 e 710 e s.

²⁷ Cf. DAMIÃO DA CUNHA, “*Ne bis in idem* e exercício de acção penal”. In: *Que futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 557.

penal, o objecto do processo, pode ser resolvido, de forma definitiva, sem intervenção do Tribunal²⁸. E, acrescentamos nós, sem que haja violação do princípio da reserva jurisdicional, como atrás demos nota.

A este propósito, DAMIÃO DA CUNHA, a quem, de novo, nos juntamos, fala-nos da necessidade de um novo entendimento sobre o *ne bis in idem*. Na verdade, segundo nos diz, é certo que a doutrina nacional, ao pensar naquele princípio, associa-o ao julgamento e, em especial, aos poderes de cognição e de decisão do tribunal que julga²⁹. Todavia, este entendimento restrito a dar ao *ne bis in idem*, associando-o exclusivamente ao julgamento, segundo o nosso juízo, pode e deve ser substituído por outro mais amplo, ligando-o, por exemplo, ao instituto da suspensão provisória do processo.

6.- É tempo de concluir e de voltar ao caso concreto, o que faremos em seguida.

No caso em apreço, consideramos não ter elementos suficientes para tomarmos posição relativamente ao facto de estarmos perante um concurso aparente ou um concurso ideal efectivo. Mas, quer num caso, quer no outro, haveria sempre violação do *ne bis in idem*.

Com efeito, a tratar-se do primeiro tipo de concurso, como o próprio nome indica, ele é meramente aparente e, efectivamente, a conduta do agente apenas preenche e, em consequência, apenas viola uma única norma. Logo, se se tratasse desse concurso e uma vez que haviam sido recolhidos indícios da prática do crime, a autoridade administrativa estava impedida de apreciar, de novo, os mesmos factos, por força do funcionamento do *ne bis in idem*.

Tratando-se, *in casu*, de concurso efectivo ideal heterogéneo, então a norma a aplicar seria a do artigo 28.º da LQCA, na medida em que qualquer vício da mesma não foi invocado e, consequentemente, ela é lei vigente no ordenamento jurídico português. Como tal, deve ser aplicada. Não esquecemos, todavia, as considerações críticas que sobre ela tecemos.

²⁸ Cf. DAMIÃO DA CUNHA, “*Ne bis in idem...*”, p. 557 e s.

²⁹ Cf. DAMIÃO DA CUNHA, “*Ne bis in idem...*”, p. 553.

De qualquer maneira, tendo sido proferida decisão de arquivamento, nos termos do n.º 3 do artigo 282.º do CPP, uma vez que se cumpriram as injunções e as regras de conduta aplicadas no âmbito da suspensão provisória do processo, então estamos perante uma decisão da qual temos de retirar todos os efeitos do *ne bis in idem*. O mesmo é dizer: o processo contraordenacional não poderia prosseguir, nos termos do n.º 2 do artigo 28.º da LQCA, porque, para todos os efeitos, há um caso decidido. Sem condenação judicial, é certo. Mas ainda assim, um caso com aplicação de injunções e regras de conduta aplicadas por causa de *um* crime. Não pode, pois, estar no horizonte do legislador do n.º 2 do artigo 28.º da referida lei-quadro uma decisão deste tipo. Tudo argumentos que nos levam a concluir que, *in casu*, foi violado o *ne bis in idem*.